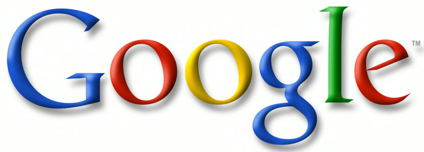




Dott. TOMMASO CLAPS
Prof. di diritto civile nella libera Univ. di Camerino

I presupposti della dichiarazione di volontà

NEI NEGOZI GIURIDICI

Estratto dal « Foro Italiano »
Anno XXII, Fasc. XVII

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELLO STABILIMENTO S. LAPI
1897





Dott. TOMMASO CLAPS
Prof. di diritto civile nella libera Univ. di Camerino

I presupposti della dichiarazione di volontà

NEI NEGOZI GIURIDICI

Estratto dal « Foro Italiano »
Anno XXII, Fasc. XVII

CITTÀ DI CASTELLO
TIPOGRAFIA DELLO STABILIMENTO S. LAPI

1897

TRIBUNALE DI CAMERINO.

Udienza 28 giugno 1897; Pres. ed est. Bergera P., Buscalferri c. Fantini-Buscalferri.

Successione — Condizione — Modo — Semplice voto o consiglio (Cod. civ., art. 1080, 1165).

Per decidere se una disposizione sia condizionale ovvero modale, più che al materiale significato delle parole si deve por mente al rapporto fra la volontà che informa l' intera disposizione e la volontà corrispondente all'apposizione della clausola limitatrice. (1)

(1) La surriferita sentenza risolve, e a nostro avviso correttamente, una quistione, che, per quanto, come in essa si dice, si riduca in sostanza ad una mera quistion di fatto, ha stretto ed intimo rapporto con tutta la difficile, delicata ed importantissima teoria della manifestazione della volontà ne' negozi giuridici, sulla quale, come in genere sull' intera dottrina del *negotium juris*, molto scarsa è la nostra letteratura (1). Presso che da

(1) Vedila riferita in Windscheid, *Pandette*, traduzione it. del Fadda e del Bensa, vol. I, parte 1ª, disp. 14 nota (π).

noi ignorata è, in ispecie, quella parte di tale dottrina che si riferisce ai cosiddetti presupposti della dichiarazione di volontà, che, per la prima volta formulata dal WINDSCHEID in una sua famosa monografia (2), ha presso la maggioranza de' moderni romanisti non solo modificata la tradizionale trattazione degli elementi accidentali del negozio giuridico, ma ben anche, e questo per noi è il suo vero merito, tutta rinnovata ed orientata, direm così, la teorica importantissima della causa (3). Di questi presupposti, a' quali direttamente si riconnette la controversia agitatasi dinanzi al Tribunale di Camerino, vogliamo in succinto tener qui parola, ripromettendoci di svolgere più diffusamente l'argomento in

Adde, pel dir. romano, SCIALOJA, *Teoria degli atti e de' negozî giuridici*, lezioni litografate dell'anno scolastico 1891-92, e BRINI, *Della causa ne' negozî giuridici secondo il dir. rom.*; e, pel dir. italiano, SIMONCELLI, *Parte generale: atti e negozî giuridici*, lezioni dell'anno 1894-95, e BENSA, *Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'istituzioni di dir. civ.* Torino, 1897 § 62-81.

(2) *Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850. — I primi e i soli, che, a nostra notizia, se ne siano in Italia occupati, sono l'illustre prof. FILOMUSI, nel suo *Corso delle obbligazioni* dell'anno 1889-90. Cfr. § 82 litograf., e il ch. prof. G. SEGRÈ in una sua *Prolusione* pubblicata nel *Filangieri*, anno XV, fasc. VI, giugno 1890, sotto il titolo *Alcune osservazioni sulla teoria del Presupposto*, che duolci non aver potuto leggere se non ora che rivediamo le bozze di stampa. — Un cenno ne ha fatto anche, per quanto gli poteva riguardare, l'eg. nostro amico prof. O. RANELLETTI al n. 51 della parte II della sua *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative (Capacità e volontà* nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche* del 1894) e di nuovo, più ampiamente, ai nn. 42-45 della parte III *op. cit. (Facoltà create dalle aut. e conc. amm.* nella *Riv. cit.*, anno 1897). — Il BRINI, *op. cit.*, accenna solo incidentalmente alla teoria del WINDSCHEID, limitandosi a rilevarne l'importanza citando l'autorità del LENEL, *La teoria del Presupposto*, in *Arch. für civ. Praxis*, vol. 74, fasc. 1 e 2.

(3) Per questa parte la teoria del WINDSCHEID é stata accolta dal nuovo codice civile germanico, cfr. § 752 e seg. Su ciò vedi FILOMUSI, *op. e loc. cit.*, e SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, ecc., Paris, 1890, n. 346 e seg.

un lavoro, che speriamo di poter fra non molto pubblicare. (4)

Movendo dal concetto che le modalità accessorie dei negozi giuridici altro non sono se non autolimitazioni — *Selbstbeschränkungen* — della volontà riferibili però non già allo stesso atto del volere, come ritiene l'opinione dominante, ma al contenuto stesso della volontà, vale a dire agli effetti voluti del negozio giuridico, il Windscheid osservó che, da tale punto di vista, non fosse nè esatto nè rispondente ad un rigoroso ordine sistematico porre nella teoria generale della dichiarazione di volontà, accanto alla condizione e al termine, come terzo elemento, l'onere aggiunto ad una donazione o ad una liberalità *mortis causa*, cioè il *modus*. Questo, in vero, secondo lui, pur implicando una autolimitazione della volontà, in quanto, come già il Savigny aveva notato (5), può dirsi che, coll'apporlo, la volontà diretta a dare venga a limitare sè stessa, in fondo non contiene se non una diminuzione del valore della liberalità originaria. Esso è quindi più un concetto economico che giuridico ed è perciò estraneo alla teoria generale della dichiarazione di volontà: trattandosi in questa delle possibili sue autolimitazioni, non possono chiamarsi tali se non quelle afficienti l'effetto giuridico, che la dichiarazione di volontà deve produrre. Se certamente anche nel *modus* si riscontra una tale autolimitazione in quanto, nel caso d'inadempimento, l'effetto stabilito diventa per esso ugualmente revocabile, ciò pel Windscheid non è se non conseguenza di un principio

(4) Qui ci limitiamo ad esporre la teoria del Windscheid e ad esprimere l'opinione nostra particolarmente su quella parte che ha speciale attinenza col *modus*, opinione che ci par confortata dalla riferita sentenza: usciremmo dai limiti di questa nota, se, anche consentendocelo i mezzi di studio di cui attualmente ci é dato disporre, volessimo anche per poco entrare nel vasto campo della *causa* e tener conto di tutte le critiche mosse al sommo pandettista.

(5) Cfr. *Diritto delle obbligaz.*, trad. italiana II, § 128.

generale, che anche in molti altri casi ha la stessa efficacia, vale a dire che, in caso d'inadempimento del modo, l'effetto giuridico determinato non corrisponde al vero volere di colui che fa la dichiarazione di volontà. Non del *modus*, pertanto, si deve secondo il WINDSCHEID parlare nella teoria generale delle autolimitazioni, ma di tutte quelle aggiunte ad una dichiarazione di volontà, per le quali l'effetto giuridico voluto può venire in posizione tale da non corrispondere al vero volere di chi ha emesso la dichiarazione; aggiunte che, secondo lui, ben si possono tutte comprendere sotto la designazione tecnica di presupposto o presupposizione, come altri traduce la parola tedesca *Voraussetzung* (6). E sulle basi di questa critica al certo sottile, ma più sottile che profonda, come cercheremo di dimostrare, costruì il WINDSCHEID la sua nuova teoria, che anche in altri libri di Pandette (7) trova omai il suo posto nel capitolo delle autolimitazioni, dopo la condizione e il termine, ma che, a nostro sommesso avviso, se un'importanza può avere, e l'ha certamente nella parte generale della dichiarazione di volontà, deve trovare più razionale ed opportuna sede.

Il presupposto, nel senso tecnico specificato, è dal WINDSCHEID definito “una condizione non sviluppata — *eine unentwickelte Bedingung*„, cioè “una limitazione della volontà che non si è svolta fino ad essere una condizione„; — “chi manifesta una volontà sotto un presupposto vuole, come chi fa una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia a sussistere soltanto dato un certo stato dei rapporti; ma egli non giunge sino a far dipendere l'esistenza dell'effetto da questo stato dei rapporti. Da ciò deriva che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, benchè il presupposto venga meno. Il che però non corrisponde al vero volere del dichiarante, e quindi la sussistenza

(6) Cfr. WINDSCHEID, *Pandette*, trad. ital., § 67 nota (1).
(7) Cfr. fra gli altri DERNBURG, § 116, e BARON, § 60.

dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, sostanzialmente viene a mancar di base. Conseguentemente colui che è pregiudicato dalla dichiarazione può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni che da essa si derivano, quanto anche istituire a sua volta contro colui, a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione diretta a farlo cessare „ (8).

Ma quali sono questi presupposti? Ogni manifestazione di volontà è preceduta, come è noto, da una serie di motivi, costituiti da altrettante rappresentazioni psichiche, corrispondenti, nel campo pratico del processo volitivo, ai diversi scopi avuti di mira dall'autore della dichiarazione. Di questi interni motivi il Diritto in generale non tien conto: sia per la difficoltà di stabilire nei singoli casi quale di essi è il motivo veramente determinante, sia allo scopo d' impedire la ricerca di questi motivi da parte di chiunque venga avvantaggiato o colpito dagli effetti di un negozio giuridico, il che toglierebbe ogni stabilità ai rapporti (9), il Diritto taglia corto e senz'altro dà normalmente efficacia alla volontà esternata, che presume sia il risultato dell'interno motivo prevalente, e corrisponda perciò allo scopo principale e diretto che il dichiarante si prefigge di conseguire. Però, da una parte, nulla vieta che l'autore della dichiarazione, con un'espressa aggiunta, designi uno scopo diverso da quello che il Diritto presume essersi voluto principalmente e direttamente raggiungere, ovvero anche, accanto a questo, indichi un altro fine secondario e indiretto, quale motivo impellente di una determinata e particolare sua disposizione; e da un'altra ben si possono dar de' casi, ne' quali la dichiarazione di volontà, dal restante suo contenuto e dalle circostanze che l'accompagnano (10), appaia mani-

(8) Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, § 97.

(9) Cfr. SCIALOJA, *op. cit.*, § 14, pag. 103 nota (1).

(10) " A questo riguardo però, avverte subito il WINDSCHEID, non possono esser trattate ugualmente le dichiarazioni di

festamente ed esclusivamente basata su un determinato motivo.

In tutte e tre le ipotesi si ha che, venendo meno questi diversi scopi impliciti, espliciti ed anche presunti dal Diritto, principali o secondarî che siano, l'effetto giuridico voluto non corrisponde al vero e proprio volere del dichiarante: si hanno, cioè, altrettanti presupposti della dichiarazione di volontà, nel senso sopra enunciato, che il Windscheid riduce a due grandi categorie: — 1°) presupposti corrispondenti allo scopo principale e diretto avuto di mira dal dichiarante, cioè all'*intento primo* — *erst Absicht* —, come egli lo chiama; 2°) e presupposti corrispondenti a de' fini secondarî e indiretti voluti raggiungere con l'imporre un peso al ricevente. L'unica differenza che, da questo punto di vista, tra l'una e l'altra categoria intercede, si è che questi ultimi possono esservi e non esservi, mentre un primo intento ogni dichiarazione di volontà lo deve assolutamente avere, perchè nessuno in condizioni psichiche normali manifesta un qualsiasi volere senza uno scopo determinato. (11)

volontà emesse *inter vivos* e quelle fatte *mortis causa*. Nelle prime il presupposto deve non solo potersi rilevare genericamente dalle circostanze concomitanti, ma anche essersi potuto conoscere da colui, a cui vantaggio è stata emessa la dichiarazione. Invece, nelle dichiarazioni di volontà per causa di morte, basta che ora, nel momento in cui la dichiarazione viene intepretrata, dalle circostanze concomitanti si possa ricavare il convincimento che il testatore abbia effettivamente voluto solo sotto il presupposto di un dato stato di cose . . . .„ cfr. *op. cit.*, § 98. Su questo diverso comportamento del presupposto cfr. le esatte osservazioni del Gradenwitz, *Ueber der Begriff der Voraussetzung*, Berlin, 1880 § 11.

(11) Cfr. Windscheid, *op. cit.*, § 98. Più esattamente il Bason, enumera delle diverse specie di presupposti tre principali, non includendovi il *modus*, che, per quanto ad essi affine, ritiene abbia un diverso contenuto; e cioè: " — *a)* il motivo, che alcuno designa a fondamento di un negozio giuridico discreto da lui conchiuso, per es. la convinzione di un testatore che suo figlio sia già morto, che sia suo fi-

Ora, da nessuno si potrà certo disconoscere l'importanza di questa teoria, per quanto concerne il nuovo aspetto, sotto cui, da un punto di vista generale e riannodandolo col processo interno della volontà, è trattato l'elemento essenziale della *causa* nei negozi giuridici: tutta la dottrina romanistica delle *conditiones ob causam* e dell'errore riceve da essa novella luce, e un particolare interesse essa assume di fronte al nostro Diritto positivo, in cui da taluni anche sommi scrittori non si è dubitato di a dirittura negare l'esistenza di questo terzo elemento essenziale (12). Sotto questo aspetto, la teoria de' presupposti può effettivamente entrare nella parte generale della dichiarazione di volontà ed essere un prezioso coefficiente in tutto il sistema del Diritto. Ma, appunto perciò, crediamo che non possa e non debba andar confusa con la tradizionale trattazione degli elementi accessori del negozio giuridico, formando una speciale categoria di autolimitazioni della volontà. L'errore del WINDSCHEID poggia tutto, a nostro modo di vedere, sulla falsa sua opinione che questi elementi accessori non siano già dei limiti, entro i quali la volontà si manifesta in sè stessa circoscritta, ma delle autolimitazioni della volontà in rapporto agli effetti voluti del negozio giuridico, delle modalità, insomma, afficienti non il *volere*, ma il *voluto*, per le quali l'atto della volontà verrebbe a sdoppiarsi. Seguendo l'opinione dominante a noi sembra, invece, che, psicologicamente e giuridicamente, una sola e non già due di-

glio quegli che coabita con lui, che le cose di cui dispone siano sue ecc.; *b)* lo scopo, l'intento primo, che alcuno vuol conseguire in un negozio giuridico astratto, per es. lo scopo di far sorgere a suo favore, con la trasmissione in proprietà di una cosa, un'obbligazione, di costituire una dote, di dare una caparra, di fare una donazione e simili; *c)* infine lo scopo delle parti di conchiudere un contratto obbligatorio astratto „ — cfr. *op. e loc. cit.* Ma anche il BARON, come il WINDSCHEID, parla dei presupposti nel capitolo delle autolimitazioni, di cui li considera una particolare specie.

(12) Cfr. GIORGI, *Obblig.*, vol. III, n. 446.

stinte volontà si abbiano nel caso de' negozî giuridici cui acceda una autolimitazione. Il dichiarante, invero, non dice già: io voglio, ma gli effetti del negozio giuridico li voglio limitati così e così; ma dice semplicemente: io voglio in questo e in quest'altro modo, e non altrimenti. Scindere il processo della volontà in due momenti e considerare come incondizionata la volontà e condizionati soltanto gli effetti di essa è del tutto arbitrario e niente conforme allo svolgimento psicologico della volizione. (13)

E questa essendo la portata delle autolimitazioni, come tali non si possono evidentemente considerare i presupposti che non limitano in alcun modo la volontà, ma ne sono solamente i motivi determinanti (14) ed esistono, come tali, non solo rispetto alla volontà principale e diretta, ma anche rispetto alle limitazioni in cui questa si determina. Da ciò si venne forse indotti a credere che essi costituissero una speciale categoria di autolimitazioni; ma non si badò che così si confondeva la causa con l'effetto e che fare un tutt'uno di autolimitazioni e di presupposti è tanto assurdo quanto sarebbe scambiare la volontà principale e diretta con i suoi motivi determinanti. Certo, la ragion per la quale, venuta meno la condizione o il modo, vengono meno gli effetti voluti, è che, in fondo, è venuta meno

(13) L'opinione del WINDSCHEID è stata in special modo oppugnata dall'UNGER: da noi la confutano splendidamente lo SCIALOJA, *op. cit.*, § 24, e il FILOMUSI, *op. cit.*, § 76 e 78.

(14) Così pure GRADENWITZ, *op. cit.*, § 5, e SEGRÈ, *op. cit.*, pag. 9. Il primo, anzi, al § 4, rileva ancora più acutamente come il vocabolo tedesco *Voraussetzung* stia in un manifesto rapporto antitetico con le parole *condizione* e *termine:* " si può volere, egli dice, sotto condizione e a termine, e si può anche volere incondizionatamente e senza termine *(pure);* ma un presupposto, anzi una quantità di presupposti vi deve sempre essere "; e soggiunge in nota che questa eterogeneità appare anche da ciò, che si parla di volontà *condizionata* o *a termine (dilazionata — schränkte —)*, mentre è del tutto impossibile formare della parola *presupposto* un simile aggettivo.

la causa, cioè il presupposto della modalità aggiunta: *cessante causa, cessat et effectus.* Ma lo stesso e non altrimenti accade allorchè vien meno il motivo determinante della volontà principale. Sia nell'uno sia nell'altro caso è un principio generale comune che spiega la sua efficacia, quello cioè, che ogni volta vien meno lo scopo avuto di mira, vien meno l'effetto voluto, poichè di questo è venuta meno la base, vale a dire il suo motivo impellente. Chè se con questa nuova categoria si vuole indicare appunto il caso in cui, trattandosi di un negozio giuridico astratto, il presupposto sia stato specificamente dedotto e designato, per ciò solo la quistione non cambia, perchè le conseguenze derivanti da tale aggiunta sono sempre effetto della teoria generale della causa, intesa questa parola nell'ampia sua accezione, e il semplice fatto dell'indicazione esplicita del particolare motivo determinante non può avere la virtù di trasformarlo in autolimitazione. (15)

Alla stregua della critica mossa dal Windscheid alla dottrina tradizionale, non solo il *modus* ma anche la condizione e perfino il termine si potrebbero chiamare presupposti della dichiarazione di volontà, in quanto, venendo e l'una e l'altro frustrati, l'effetto giuridico voluto non corrisponde al vero volere di chi fece la dichiarazione. Quando, in vero, io mi obbligo a ven-

(15) Anche gli antichi, trattando delle modalità aggiunte alle disposizioni di ultima volontà, soglion parlare, oltrechè del *dies*, della *conditio* e del *modus*, anche della *causa*, non nel senso stretto di *causa impulsiva et finalis*, equivalente all'intento primo del Windscheid, ma nel senso di ragion dell'atto, di giustificazione della disposizione (ad es. *Titio decem lego quod negotia mea curavit*), dalla *demonstratio* in null'altro differente se non pel diverso tempo a cui l'una e l'altra si riportano, poichè mentre *caussa praeteritum respicit, demonstratio praesens tempus concernit*. La distinguono poi dal *modus*, perchè mentre questo é *caussa legandi in futurum collata*, essa è *caussa ex praeteritu sumpta*. — Cf. Donelli, *Opera omnia*, Lucae 1763, tomo II, libr. VIII, cap. XIV, n. VII-XII.

dere la mia casa *si navis ex Asia venerit*, questo avvenimento futuro ed incerto costituisce il presupposto della mia volontà, secondo il Windscheid l'intende, allo stesso modo e forse più che, s'io dono la mia biblioteca all'Università, l'onere da me imposto che gli studenti siano ammessi al prestito dei libri a domicilio. Dal punto di vista de' motivi impellenti della mia volontà, nessuna differenza, tranne che nell'intensità, come vedremo, esiste fra l'uno e l'altro caso: nell'uno e nell'altro caso io emetto quella determinata volontà sotto il presupposto che quell'evento segua e che a quell'onere si soddisfaccia: nell'uno e nell'altro caso io vengo, secondo la teoria del Windscheid, a limitare circa agli effetti la mia volontà (16). Dire che nel modo non si riscontri in sostanza se non una diminuzione di valore della liberalità originaria, e che quindi strettamente non possa annoverarsi fra le autolimitazioni degli effetti giuridici del *negotium iuris*, è dire cosa meno che esatta. Poichè, se è vero che con la condizione si fa dipendere l'esistenza o la risoluzione di un rapporto giuridico da un *avvenimento futuro ed incerto*, non è detto che questo avvenimento non possa consistere in un determinato *fare* od *omettere* di chi acquista il diritto sotto condizione, il quale fare od omettere rappresenti per lui una diminuzione de' vantaggi che da questo diritto si attende. E d'altra parte non è esatto che il modo debba sempre contenere una diminuzione di valore della liberalità originaria: disposizione modale è così un legato fatto imponendo al legatario l'onere di elargire una determinata somma in elemosina, come la vocazio-

(16) Ciò diciamo indipendentemente dalla quistione che il Gradenwitz si propone, domandandosi se sotto il nome di *presupposto* si voglia indicare quel che è il significato comune della parola, o non piuttosto esso sia un'espressione tecnica che debba indicare un nuovo concetto. Egli osserva che l'una e l'altra opinione si potrebbe desumere dal Windscheid, la prima dalla Monografia, § 7 n. 58, e la seconda dalle Pandette, § 428 n. 8; ma nessuna delle due ritiene possa in alcun modo sostenersi, cfr. *op. cit.*, § 4 e § 10.

ne in eredità col peso, poniamo, di stabilire il proprio domicilio in una determinata città, espresso, nè in maniera così recisa da poter esser considerata come condizione, nè (come nella fattispecie decisa dalla sentenza che annotiamo) sotto forma di semplice voto, ma in modo da non lasciar dubbio alcuno sulla ferma intenzione del disponente di voler osservata la sua volontà, pena la decadenza dell'emolumento acquistato. Tanto ciò vero che, in pratica, una delle quistioni più frequenti è quella appunto di determinare, nel caso concreto, quale sia l' indole di una determinata disposizione, se condizionale ovvero semplicemente modale, onde tanto s'affannarono e disputarono gli antichi interpreti per cercare di stabilire, in astratto, una norma sicura e decisiva. — O noi c' inganniamo, o l'errore fondamentale della teoria del Windscheid sta in ciò appunto, che a questa comune natura, di cui così la condizione come il modo partecipano, egli non pose mente, lasciandosi vincere da quella che non è se non la caratteristica ordinaria del *modus*. Mentre la vera differenza che corre tra questo e la condizione consiste, a nostro avviso, nella maggiore o minore intensità con cui, di fronte alla volontà principale e diretta, opera l'autolimitazione; la quale, se tale che il vantaggio non si voglia asseguito se non dopo che l'evento siasi verificato, in maniera che questo formi il vero presupposto della volontà principale e diretta, si dirà una condizione; se invece tale, che l'acquisto del vantaggio non si voglia subordinato all'evento, ma questo a quello, si dirà un *modus*. (17) E l'aver messo in evidenza questo principio ci sembra il maggior pregio della sentenza che annotiamo, la quale in ciò giustamente si appoggia all'autorità de' nostri

(17) Tale criterio, suggeritoci dallo Scialoja, *op. cit.*, § 40 pag. 368, ci sembra eminentemente pratico, tanto più se si unisce all'altro più appariscente dell'anteriorità o posteriorità dell'adempimento, seguito dagli antichi, ed atto anche a distinguere se l'onere sia un vero e proprio *modus*, ovvero un semplice voto o consiglio.

sommi scrittori di diritto comune, che col sottile intuito giuridico loro proprio misero avanti per primi il criterio di distinzione da noi seguito e dalla sentenza accolto, che ci piace riferire nelle precise parole con cui lo formola il FIERLI, riassumendo la teoria dell'ARETINO „: *Neglecta formalitate verborum dispositio dicenda erit conditionalis si adimplementum oneris injuncti praecedere debet emolumenti assecutionem, adeo ut (ut nostri loquuntur) illud adjectum sit a parte antea, et consequenter ejus non implementum se apponat principio acquisitionis, nullumque damnum afferat in jure quaesito, sed solum impediat jus quaerendum. E converso autem dispositio erit modalis, si implementum oneris injuncti sit successivum, sive adjectum a parte postea, et praecedentem supponat emolumenti acquisitionem poenamque formalis privationis importet.* (18)

Dalla qual distinzione deriva logicamente la diversa forza giuridica dell'una e dell'altra modalità. Poichè, a differenza della condizione, la quale, nel caso d'inadempimento, risolve *ipso jure* il negozio giuridico, *quia*, come dice il PEREGRINUS nel luogo in nota citato, “ *conditio pro causa finali censetur adjecta, qua cessante cessat dispositio*, „ *il modus*, che pure, per sua natura, non può avere se non efficacia risolutiva, dovendo essere eseguito dopo l'acquisto del beneficio ed essendo perciò quasi sempre capace di successivo adempimento, non porta di diritto alla risoluzione del rapporto, ma, ne' casi in cui l'azione può esser da alcuno esperita, dietro giudiziale

(18) Cf. *Celebrior. Doctorum Theoricae,* Bononiae 1825, p. 1ª *Theorica Arretini* in l. Titia, 134 ff., *de verb. oblig.*, p. 18. — La distinzione, che, secondo il Fierli, sarebbe stata messa avanti per prima dall'Aretino, é comune presso quasi tutti gl' interpreti. Cfr. infatti CUJACII, *Paratitla* ad ff. I, lib. XXXV, D. vol. I ediz. nap. del 1758; DONELLI, *op.* e *loc. cit.*; CARD. DE LUCA, *Theat.ver. et just.*, Venetiis 1726, *de legatis* Disc. LVII n. 5 e disc. XXIX n. 7; CARD. TUSCHI, *Pract. Concl. jur.* Romae 1645 tom. V, concl. CCXCVIII; PEREGRINUS, *De fideicom.* Venetiis 1595 art. XI, n. 125; MENOCHII, *De praesumpt.*, Venetiis, 1603 tom. II n. 11 e seg., e i molti altri quivi citati.

interpellatio può *officio judicis* produrre la decadenza dall'emolumento acquistato. “*Ex hac distinctione*, continua il Fierli nel luogo citato, *sequitur quod ubi non agitur de dispositione conditionali, quae impedit emolumenti assequutionem, sed de modali, quae importat formalem privationem emolumenti jure quaesiti, necessaria omnino sit interpellatio et sententia judicis ad hoc, ut ille cui onus injunctum fuit in poenam privationis incidere valeat* „. — E questa fu la *communis opinio* degli scrittori di Diritto intermedio, accolta e seguita anche dal Pothier e pienamente sostenibile altresì sotto l'impero del nostro codice civile, che *in subiecta materia* si riporta al diritto comune e negli art. 1080, 1165 offre inoltre delle disposizioni generali, da cui la nostra tesi rimane interamente avvalorata. (19)

Ma chi è che può validamente agire per costringere l'onerato all'adempimento del *modus*, o, nel caso ciò non sia possibile, ottenere che venga pronunziata la decadenza dal beneficio da lui acquistato? Il Windscheid, in conformità della sua teoria sul presupposto risolvendo in via generale la quistione, ritiene che possa validamente agire colui che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà, e cioè ne' negozî giuridici tra vivi l'autore della dichiarazione, in quelli per causa di morte colui al quale dalla dichiarazione vien tolta qualche cosa, che altrimenti avrebbe conseguito (20). Comunemente si suole distinguere caso da caso, a seconda che il *modus* sia stato imposto nell'interesse esclusivo dell'onerato, nell'interesse di una terza persona o dell'erede ovvero nell'interesse dello stesso testatore. Nella prima ipotesi gli scrittori sono concordi nel ritenere che l'inadempimento non possa attribuire ad alcuno azione di sorta contro l'onerato: qui il *modus pro causa*

(19) Cf. Pothier, *Ad Pandec*, 35, I, n. 224 e degli scrittori citati nella precedente nota, in ispecie Menochii, *op.* e *loc. cit.* e *Consil* 131, n. 4 e 6.

(20) Cf. Windscheid, *op. cit.*, § 97, nota 3.

impulsiva sumeretur et ejus defectus non vitiaret, nec operatur effectus repetitionis (21). Negli altri casi, invece, è fuori dubbio che così al terzo come all'erede non possa ugualmente contestarsi il diritto di agire; ma può sorgere quistione, se, nell'ipotesi che vi sia un unico erede e il modo a lui imposto concorna la persona o la memoria del defunto, l'azione possa anche essere validamente proposta da qualsiasi altra persona, che abbia un semplice ma pratico e non cervellotico interesse morale a che dall'erede si presti ossequio all'ultima volontà del *de cujus*. L'affermativa a noi sembra incontrastabile: le fonti offrono appunto a tal riguardo un prezioso sostegno alla oramai dominante dottrina e, specie dopo la pubblicazione del nuovo codice civile germanico, che nel § 241 implicitamente la sanzionava, la contraria opinione non può avere se non il suffragio di qualche vecchio e bigotto seguace di formole brocardiche vuote o fallaci. (22)

(21) Cf. Peregrinus, *op. e loc. cit.*, che distingue appunto " AN MODUS ADJECTUS SIGNET CAUSAM FINALEM AN VERO IMPULSIVAM; *finalem autem designare dicit ubi modus adjectus respicit favorem tertii aut ordinantis: aut pertinet at pias causas.... Sed ubi modus respicit favorem et commodum ejus, cui res datur, haeredis, legatari aut fideicommissari, pro causa impulsiva sumeretur et ejus defectus non vitiaret, nec operatur effectus repetitionis*". Pel diritto nostro cf. Losana, *La successione testamentaria*, Torino 1884, art. 848. Cf. inoltre Savigny, *Sistema del diritto romano*, vol. III, § 129, trad. it.

(22) Cf. l. 6 e 12 D. de fideic., 40, 5; l. 7, D. de ann. leg. 33, 1; l. 14, § 2, D. de relig., 11, 7; l. 50, § 1 D. de her pet. 5, 3; l. 44, D. de man. test., 40, 4 e l. 92, D. de cond., 35, 1. Vedi su ciò L. Kleine, *Genügt affections-interesse bei* ecc. Berlin 1864, § 13, pag. 48, e il nostro studio di prossima pubblicazione: *Interesse morale e interesse d'affezione a base dei rapporti obbligatori*, letto in parte come Prolusione al corso di diritto civile per l'anno 1896-97 nell'Università di Camerino. — La soluzione accolta nel testo è seguita dal Gianturco, *Diritto delle successioni*, Napoli 1898, lezione 31ª, pag. 283.

IL FORO ITALIANO

RACCOLTA GENERALE

DI

GIURISPRUDENZA CIVILE, COMMERCIALE, PENALE, AMMINISTRATIV

Corti di Cassazione - Corti d'appello - Tribunali civili e penali
Consiglio di Stato - Corte dei conti.

Tribunale Supremo di Guerra e Marina - Giunta parlamentare per le elezioni
Consigli dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori.

DIREZIONE

AVV. COMM. **SCIALOJA** ENRICO — AVV. PROF. CAV. **SABBATINI** GIUS

REDAZIONE

PINCHERLE avv. cav. G. — BUSATTI avv. LUIGI — ROMANO avv. cav. V. — DE PIRRO avv.
BALDONI avv. GUSTAVO
(Consigliere delegato per l'amministrazione)

COMMISSIONE SCIENTIFICA

VITTORIO SCIALOJA
Prof. di dir. rom. nell'Univ. di Roma

C. F. GABBA
Prof. di dir. civ. nell'Univ. di Pisa

GIORGIO GIORGI
Consigliere di Stato - Senatore

CESARE VIVANTE
prof. di dir. comm. nell'Univ. di Bologna

Il giornale è diviso in quattro parti con numerazione distinta:

I.... *Parte civile e commerciale* (Corti di Cassazione, Corti d'appello e Tribunal
II.. *Parte penale* (id.);
III. *Parte amministrativa* (Consiglio di Stato, Corte dei conti, Consigli dell'
dine e di disciplina, Camera dei deputati); . .
IV. *Repertorio annuale.* Questo Repertorio contiene le massime delle sent pubblicate nel *Foro italiano,* ed inoltre le massime di **tutte le sentenze** pubblicat **tutti i 66 giornali** giudiziarî che vedono la luce in Italia nell'anno, nonchè l'indicazi di tutti gli articoli di diritto pubblicati dagli stessi giornali, dalle riviste giuridic dal *Foro italiano,* e di tutte le monografie ed opere pervenute alla Direzione del riodico nel corso dell'anno.

La Direzione spedisce **gratis** alcuni numeri del giornale a titolo di **saggio** a tutti loro che ne facciano richiesta.

La DIREZIONE e l'AMMINISTRAZIONE del Giornale, sono in ROMA - Via Rasella, 145

Prezzo di associazione Lire 24 l'anno
pagabili anticipatamente

Chi vorrà pagare a rate dovrà inviare all'Amministrazione L. 6,25 *per trim. o* L. 12,50 *per*

L'EDIZIONE DEL GIORNALE È STEREOTIPA

VOLUMI ARRETRATI 1876 al 1892 per gli associati L. 16 ciascuno, compreso il REPER
per i non associati L. 25 — Soli REPERTORÎ **L. 15 ciascuno.**



